

Tilburg University

Drie dimensies van de rechtsstaat

Adams, M.; Witteveen, W.J.

Published in:
Nederlands Juristenblad

Publication date:
2014

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Adams, M., & Witteveen, W. J. (2014). Drie dimensies van de rechtsstaat. *Nederlands Juristenblad* , 1364-1373.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Drie dimensies van de rechtsstaat

Maurice Adams en Willem Witteveen¹

De rechtsstaat vertoont een veelzijdig beeld met een ondergrens van een fatsoenlijke overheid en een ambitieus ideaalbeeld van een vrije samenleving van burgers. Deze twee dimensies zijn onderling van elkaar afhankelijk, en zijn dan ook relevant voor ieder debat over de staat van de rechtsstaat. De empirische (derde) dimensie van de democratische rechtsstaat moet daarbij uitdrukkelijk worden betrokken. Responsiviteit vanwege de overheid impliceert dat de publieke mening ernstig wordt genomen, maar niet dat diezelfde overheid zich vanzelfsprekend associeert met opportunistische overname van standpunten die in de samenleving leven, of met het capituleren als gevolg van maatschappelijke druk. Dat betekent ook dat de burger moet aanvaarden dat er beslissingen worden genomen die tegen zijn directe belangen ingaan. Juist daarom moet hij in zijn politieke betrokkenheid een evenwicht vinden tussen een aantal schijnbaar eigenstrijdige houdingen: betrokkenheid én afstandelijkheid, activisme én berusting, protest én aanvaarding. Een vertrouwensrelatie tussen burger en overheid is daarbij onontbeerlijk. Het is mooi dat onlangs een debat over de rechtsstaat plaatsvond in de vergaderzaal van de Eerste Kamer, en het valt te hopen dat de bewindslieden er iets van hebben meegenomen naar hun bestuurlijke werk. Het zou nog mooier zijn als het een breder debat wordt waar burgers zelf aan deelnemen.

De rechtsstaat blijkt geen rustig bezit, geen huis waarin we onbezorgd kunnen slapen. Veel van de actuele discussies gaan over de ondergrens, over alles wat in een rechtsstaat toch echt niet zou moeten kunnen. Het zijn vaak ongemakkelijke kwesties waar meer kanten aan zitten. Als het strafrecht zijn beloop heeft gehad, zou iemand als Volkert van der G. toch ook van de regeling van vervroegde of voorwaardelijke invrijheidstelling gebruik moeten kunnen maken?² Een dergelijke route stuit echter op invoelbaar verzet van boze burgers. Maar wat rechtvaardigt hier ongelijke behandeling van een veroordeelde die op 2 mei hoe dan ook zal vrijkomen? Als het strafrecht zijn beloop heeft gehad, zou de veroordeelde pedoseksueel Benno L. toch ergens in Nederland moeten kunnen wonen? De moedige beslissing van de burgemeester van Leiden deze man onder sterk beperkende voorwaarden een jaar in zijn gemeente toe te laten stuitte op ook al weer begrijpelijke emoties, én op onaantoonbare actievormen waarbij met geweld gedreigd werd. Of denk aan een gebeurtenis uit 2009 in Bleiswijk, waar een agent een Poolse zwerver bedreigde met een vuurwapen en een schep, alsof hij zijn eigen graf moest graven. Doel van die handeling was de zwerver te dwingen niet meer in de gemeente terug te keren, omdat de gemeente niet over opvangmogelijkheden beschikte, zoals een Leger

des Heils. Een en ander kwam uit, en er volgde een strafzaak met een veroordeling van de agent. We zien hier dus eerst iets dat in een rechtsstaat niet mag gebeuren, en dan een passende reactie vanuit de instituties van diezelfde rechtsstaat.

Leven we in dit land eigenlijk wel in een democratische rechtsstaat? Ja natuurlijk, het is hier geen tirannie, geen anarchie, geen door corruptie aangevreten *failed state*. Maar wat betekent het eigenlijk in een democratische rechtsstaat te leven? In dit artikel willen we op die vraag nader ingaan, onder meer aan de hand van de actualiteit. Daarbij wordt het debat over de rechtsstaat dat zich recent in de Eerste Kamer ontplooidde,³ als vertrekpunt genomen. We hanteren daarbij soms de tactiek van de overdrijving: trends die zich lijken aan te dienen worden gezien alsof er al zekerheid zou zijn over hun verdere ontwikkeling. Dat kan een vruchtbare tactiek zijn wanneer men bepaalde ontwikkelingen meer principieel wil duiden.⁴ Gezien het onderwerp lijkt een dergelijke aanpak passend. Immers, '[w]aar het op aankomt is dat de vinger aan de pols wordt gehouden, zodat zorgwekkende signalen tijdig worden opgepikt en daarop adequaat kan worden gereageerd'. (Aldus Corstens, President van de Hoge Raad, in de Eerste Kamer tijdens het zojuist vermelde debat).

1. De rechtsstaat als ondergrens

Er is een vrij gangbare definitie van de rechtsstaat, die onder meer de zojuist vermelde ondergrens markeert. Volgens Kees Schuyt is in een rechtsstaat de overheid gebonden aan maat en regel.⁵ Natuurlijk zijn burgers en bedrijven ook aan regulering onderworpen, maar in dat gegeven onderscheidt een democratische rechtsstaat zich niet van autoritaire systemen. In de rechtsstaat houden de overheden – en dus de overheidsfunctionarissen – zich aan het

Dit type van wetgeving markeert de overgang van een open naar een gesloten samenleving

zo duidelijk mogelijk geformuleerde recht, en houden zij ook beginselen in de gaten zoals vorm gegeven door fundamentele rechten (waaronder de toegang tot de onafhankelijke en onpartijdige rechter). In de democratische rechtsstaat kunnen burgers bovendien kritiek leveren en is de overheid bereid zich daar iets van aan te trekken; dat laatste zouden we het ‘consent-criterium’⁶ kunnen noemen: de overheid die ten behoeve van de burger handelt, en daardoor draagvlak geniet. De rechtsstatelijke overheid,

zo zeggen we Scheltema na, is een dienende overheid.⁷

Een aantal van de maatregelen die recent werden voorgesteld, hebben uitdrukkelijk op deze conceptie van de rechtsstaat als ondergrens en juridische fatsoensnorm betrekking. Waar in de inleiding van dit artikel vooral over specifieke gebeurtenissen werd verhaald, gaat het echter ook en vooral over meer structurele maatregelen in de vorm van wetgeving of beleid. Meest in het oog springend in de voorbije jaren waren de voorstellen met betrekking tot:⁸ de invoering van verplichte minimumstraffen;⁹ de inperking van de mogelijkheid om taakstraffen op te leggen;¹⁰ het afschaffen en verlengen van verjaringstermijnen en de invoering van de herziening ten nadele;¹¹ lichte normovertredingen niet meer onder gezag en regie van een rechter af te doen, maar door parketmedewerkers onder regie van een officier van justitie;¹² het plan de straf al uit te voeren terwijl het hoger beroep nog loopt;¹³ het plan om gevangenen te laten betalen voor hun verblijf in de gevangenis.¹⁴

En wat te denken van het steeds maar uitdijende toezicht op het gedrag van burgers in de publieke ruimte? Er is bijvoorbeeld het voorstel de automatische kentekenregistratie uit te breiden, waarbij niet duidelijk is wanneer de camera's zullen worden gebruikt, terwijl de reikwijdte van dit gebruik enorm is! ‘Door de grootschaligheid (...) bestaat het risico dat beduidend meer onschuldige personen op wier naam het voertuig staat, in de positie kunnen komen dat zij worden gerelateerd aan een misdrijf’, aldus de Raad van State.¹⁵ Het proportionaliteitsbeginsel is hier

Auteurs

1. Prof. mr. dr. L.H.J. Adams en mr. dr. W.J. Witteveen zijn beiden verbonden aan het Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis van Tilburg Law School. Adams als hoogleraar Democratie en Rechtsstaat (leerstool vfonds) en als hoogleraar Encyclopedie van het Recht, Witteveen als hoogleraar Rechtstheorie. Witteveen is tevens medewerker van dit blad en lid van de Eerste Kamer (PvdA). De inbreng van Adams bouwt onder meer voort op een eerdere monografie over de democratische rechtsstaat (M. Adams, *Recht en democratie ter discussie. Essays over democratische rechtsvorming*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2006). De inbreng van Witteveen steunt onder meer op zijn bijdrage aan het debat dat de Eerste Kamer op 11 maart 2014 hield over de staat van de rechtsstaat.

Noten

2. Hierover recent W. van Hattum, ‘De tenuitvoerlegging van de straf van Volkert van der G.’, *NJB* 2014/565, afl. 11, p. 692-700.
3. Naar aanleiding van vooral een deskundigenbijeenkomst op 4 februari. Raadpleegbaar op youtube: www.youtube.com/watch?v=gYuXQ8cWTMM#t=2.
4. Bijvoorbeeld ook gehanteerd door de

Vlaamse rechtssocioloog en politicoloog L. Huysse, in zijn lezenswaardige *De politiek voorbij*, Leuven: Kritak 1994.

5. K. Schuyt, ‘De waarden van de rechtsstaat’, in K. Schuyt, *Steunberen van de samenleving. Sociologische essays*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2006, p. 125. Over de contouren van die rechtsstaat, zie onder meer het advies van de *European Commission for Democracy through Law* (de zogenaamde Venice Commission), Report on *the Rule of Law*, Strasbourg: CDL-AD(2011)003rev april 2011, en, meer reflectief, T. Bingham, *The Rule of Law*, London: Penguin 2011. Voor een deelnemersperspectief op de rechtsstaat, zie M. Hertogh, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, Utrecht: Lemma 2002. Zie tevens het recente advies van de Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), waarin die er terecht voor lijkt te kiezen zich niet te verliezen in een weliswaar belangrijke, maar voor de doeleinden van de AIV welhaast semantische discussie over de verschillen tussen *Rule of Law*, Rechtsstaat, *État de droit*. Zie AIV, *De rechtsstaat. Waarborg voor Europese burgers en fundament van Europese samenwerking*, 2014, p. 14-19 (‘[D]e standaarden van het concept rechtsstaat (zijn) ondanks terminologische verschillen duidelijk (...)’ (p. 18). Historisch gezien is

de kwestie overigens heel boeiend. Zie voor een overzicht bijvoorbeeld L.C. Blaauw, ‘The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights’, *South African Law Journal* 1990, p. 76-96 en B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

6. De term wordt ook gebruikt door Tamanaha.

7. M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 11-25.

8. Sommige hiervan zijn inmiddels als wet aanvaard (verjaringstermijnen en herziening ten nadele), andere voorstellen zijn blijven steken op het niveau van beleids- en wetgevingsvoornemen (minimum- en taakstraffen).

9. Waarbij we het oordeel van de rechter blijkbaar niet geheel meer vertrouwen, en die ook niet meer aan maatwerk kan doen, en als gevolg waarvan aan de taakverdeling tussen wetgever en rechter wordt geraakt. Y. Buruma, Raadsheer in de Hoge Raad, zei hierover in de Eerste Kamer ‘dat het daarom ongemakkelijk is dat de minister-president niet lang geleden in Buitenhof zei: “De politiek gaat over de wenselijke strafmaat”’. In het algemeen gesproken bepaalt de politiek inderdaad het strafmaximum, maar

de wenselijke strafmaat is bij uitstek iets wat van de feiten en omstandigheden van het geval afhangt – en dus bepaalt niet de politiek maar de rechter dat’.

10. Waarbij we, opnieuw (zie vorige voetnoot) de rechter de speelruimte ontnemen om de straf of maatregel op te leggen die passend is voor het aan hem voorgelegde geval.

11. Waarbij we de tijd zijn werk niet meer laten doen, en er spanning bestaat met het legaliteitsbeginsel omdat de vraag rijst of met terugwerkende kracht een vrijspraak ongedaan mag worden gemaakt, en met vereisten van privacy omdat het DNA en vingerafdrukken van vrijgesprokenen voor onbepaalde tijd moeten worden bewaard.

12. Waarbij we de trias politica veronachtzamen.

13. Waarbij we de rechtsbescherming ondermijnen, en raken aan het onschuld-principe.

14. Waarbij we hen in feite ook nog een vermogensstraf opleggen en hen als inkomstenbron behandelen.

15. Raad van State, Advies d.d. 23 maart 2012, nr. No.W03.12.0008/II. Zie tevens F. Jensma, in *NRC Handelsblad* van 9 maart 2013: www.nrc.nl/rechtenbestuur/2013/03/09/binnenkort-het-totale-burgervolgsysteem.

uitdrukkelijk in het geding, en dit type van wetgeving markeert de overgang van een open naar een gesloten samenleving. Uiteindelijk zijn hier waarden betrokken die verwijzen naar idealen en opvattingen over hoe veiligheidszorg eruit moet zien, en over hoe mensen met elkaar moeten omgaan; naar de waarden die aan het samenleven van burgers ten grondslag moeten liggen, en die te maken hebben met de onderlinge verbondenheid tussen mensen, met onderling vertrouwen en solidariteit.¹⁶ Ook vanuit die optiek heeft de kwestie uitdrukkelijk een democratische en rechtsstatelijke dimensie. Maar behalve ferme taal vanwege de Raad van State, afdeling wetgeving, is er politiek gezien voor de constitutionele en rechtsstatelijke dimensie hiervan weinig aandacht.¹⁷

Maar het zou een misverstand zijn de ontwikkelingen te beperken tot het strafrecht alleen. Wat te denken van het vreemdelingenbeleid?¹⁸ En van de bezuinigingen op de rechterlijke macht (waaronder uitdrukkelijk het OM)? En het gaat ook om de bezuinigingen op en hervormingen van de rechtsbijstand, momenteel zo actueel;¹⁹ en

De maatregelen in samenhang gelezen roepen een grotere spanning op dan de som der individuele delen zou kunnen suggereren

om de verhoging van griffierechten, waar het kabinet zich nu weliswaar vooral beperkt tot hoger beroep en cassatie. Deze laatste drie vermelde maatregelen hebben allen betrekking op de toegankelijkheid en kwaliteit van onze rechtspleging, een waarborg die op grond van heel wat internationale verdragen waarbij Nederland is aangesloten prominent als fundamentele waarborg moet worden erkend (artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR niet in het minst, of artikel 47 van het EU Handvest van Grondrechten). Juist het domein van de rechtspleging vormt een boeiende casus om te illustreren waarom een debat als het onderhavige zo nodig is. In zekere zin is er sprake van een sluipende tendens: over ieder van de maatregelen op zichzelf genomen is zeker debat mogelijk. Nuance is belangrijk, en niet iedere maatregel is op voorhand ondenkbaar of problematisch. Maar als je het geheel van de maatregelen in ogenschouw neemt, dan lijkt er zich een structurele tendens voor te doen die niet vanzelfsprekend is; de maatregelen in samenhang gelezen roepen volgens ons een grotere spanning op dan de som der individuele delen zou kunnen suggereren.

Op de al vermelde deskundigenbijeenkomst werden onder meer over de rechtsbijstand, juist in de vermelde samenhang gelezen, harde woorden gesproken. Het verhogen van de griffierechten en het verminderen van de gesubsidieerde rechtsbijstand dragen beide bij aan de beheersing

van de kosten van de rechtspleging, maar ten koste van een groter goed: de toegang tot het recht. Het effect zou kunnen zijn dat het voor een bedrijf straks niet meer loont om over een vordering van minder dan € 1500 te procederen (aldus ook Corstens in de Eerste Kamer). Moe-ten die ondernemers het recht dan maar in eigen hand nemen? De Raad voor de Rechtspraak bepleit flexibele griffierechten die met draagkracht en aard van het geschil rekening houden. Het is wenselijk deze mogelijkheid serieus te onderzoeken. Zeker, als het om kleine vorderingen gaat is er soelaas te verwachten van alternatieve vormen van geschilbeslechting die goedkoper zijn. Maar dan moet een deugdelijk en werkend systeem van zulke alternatieve mogelijkheden wel eerst beschikbaar zijn. Deze alternatieve manieren van conflicten beslechten werken trouwens alleen goed als de gang naar de rechter mogelijk blijft, als stok achter de deur. Het juridisch loket zeeft onredelijke of kansloze claims nu al uit. Door hierna nog drempels in te bouwen, verandert niet de motivatie of het gelijk van de klager maar wel diens kans om gehoor te vinden. Als mensen die het niet breed hebben niet naar de rechter of een andere toegankelijke instantie kunnen gaan, wordt de tweedeling van onze samenleving ook nog eens juridisch gesanctioneerd. Wie niet naar een onafhankelijke en onpartijdige rechter kan is dan de facto een tweederangsburger. Hij is iemand die er niet bij hoort en ook iemand die we niet kunnen verwijten dat hij geen al te groot vertrouwen heeft in de overheid. In de woorden van Corstens tijdens de deskundigenbijeenkomst in de Eerste Kamer: 'Toegang tot de rechter is geen consumptiegoed, geen bankstel dat je wel of niet zult kopen, het is een essentieel onderdeel van onze rechtsstaat.' En verder: 'Het is een volstrekt veilige veronderstelling dat de drempels nu eerder te hoog dan te laag zijn.'

De toegang tot het recht is zoals gezegd een door artikel 6 EVRM gewaarborgd grondrecht. In een door prof. Barkhuysen geschreven advies aan de Vereniging Sociale Advocatuur komt deze tot een kritisch oordeel over de plannen.²⁰ Hij concludeert dat de toegang tot de rechter onder druk komt te staan en dat de vraag moet worden gesteld of de voorstellen de grens van het toelaatbare niet overschrijden. Voor Barkhuysen is het geen vraag dat op grond van de jurisprudentie (*Airey vs. Ierland* en *Del Sol vs. Frankrijk*) geconcludeerd moet worden dat de voorstellen om consumentenrecht en huurrecht van financiering uit te sluiten in elk geval onrechtmatig zijn, terwijl bij echtscheidingszaken naar de situatie van het individu moet worden gekeken. Barkhuysen stelt voorts: 'Bovendien mag het recht op toegang tot de rechter niet worden

onthouden, louter omdat er mogelijk ook een oplossing via een andere route denkbaar zou zijn. Het recht op toegang tot de rechter veronderstelt dat wanneer het individu een zaak aan een rechterlijke instantie wil voorleggen, hem deze mogelijkheid moet worden geboden (...) het niet willen of kunnen gebruikmaken van een alternatieve oplossingsrichting kan geen grond voor afwijzing van een verzoek tot rechtsbijstand zijn; uiteindelijk moet er altijd toegang tot de rechter kunnen zijn.'²¹

Waarom geen alternatieve route onderzocht? Om een evenwichtig stelsel te verkrijgen dat rechtmatig en efficiënt is, zou er in de eerste lijn – via het Juridisch Loket, andere adviseurs of internetbronnen – aangegeven moeten worden welke alternatieve methoden er beschikbaar zijn om een controverse te beslechten. Lopen alternatieve wegen spaak dan dient een rechtzoekende echter snel toegang te hebben tot professionele rechtspraak, ondersteund door een professionele advocaat. Dergelijke aanpak kan zelfs goedkoper zijn dan het huidige stelsel. Brenninkmeijer wees er tijdens de deskundigenbijeenkomst op dat het vanuit zijn ervaring als ombudsman duidelijk is geworden dat bestuursrechtelijke geschillen in ongeveer 60 tot 70% van de gevallen door gewoon menselijk contact van bestuursorganen met burgers voorkomen kunnen worden. Ook de kwesties waar het om gaat in het huurrecht, consumentenrecht en bij echtscheidingen vereisen lang niet altijd een gang naar de rechter en de sociale advocatuur spant zich ook in om dat door wat Brenninkmeijer in de Eerste Kamer 'gewoon menselijk contact' noemde, te voorkomen.

2. De empirische dimensie van de rechtsstaat: *fact free politics*

Zoals uit dit laatste voorbeeld blijkt, gaat het niet alleen om de spanning met de rechtsstatelijke en (dus) fundamenteelrechtelijke dimensie die zich in veel nieuwe wetgeving en voorgenomen beleid manifesteert. Het gaat er ook om dat de efficiëntie en het effect van de voorstellen of maatregelen niet noodzakelijk doordacht zijn (het zicht op de empirische dimensie), maar in de Eerste Kamer kwam dat element niet helemaal scherp tot uiting. Prof. Theo de Roos had het in zijn Tilburgse afscheidsrede over *fact free politics*.²² Van sommige (voorgestelde) maatregelen weten we dat die geen of zelfs een negatief effect hebben, en veelal ontbreekt ook een echte probleemanalyse. Neem de voorgestelde strafbaarstelling van illegaal in dit land verblijvende vreemdelingen. De regering stelde dat de afschrikwekkende werking van deze wet meerwaarde heeft (de staatssecretaris had het over een 'verdrrijvingseffect').

16. J. Terpstra, *Het veiligheidscomplex. Ontwikkelingen, strategieën en verantwoordelijkheden in de veiligheidszorg*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, met name hoofdstuk 9 ('Veiligheidszorg als publiek goed').

17. Een van ons wees hier eerder op: M. Adams, Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat", *NJB* 2013/874, afl. 17, p. 1115.

18. T. Spijkerboer, 'Subsidiariteit 2.0', in J.

Gerards en A. Terlouw (red.), *Amici Curiae. Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 252 (met verdere verwijzingen).

19. Hierover uitgebreid in dit tijdschrift: M. Westerveld, 'Gesubsidieerde rechtsbijstand en de toegang tot het recht', *NJB* 2014/246, afl. 5, p. 312-318.

20. Te lezen via: [02-13-advies-gefinancierde-rechtsbijstand-en-toegang-tot-de-rechter.pdf.](http://rechtsbijstandjuist-nu.nl/wp-content/uploads/2014/02/2014-</p>
</div>
<div data-bbox=)

21. *Ibid.*, p.

22. T.A. de Roos, *Grimmig Spiegelbeeld*, Afscheidscollage Tilburg University, 17 mei 2013. Het past in een ontwikkeling naar een zogenaamd 'totaalstrafrecht' gekoppeld aan een vorm van wij-zij denken. De term totaalstrafrecht komt van A.H. Klip, 'Totaalstrafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 583-593. Zie uitgebreid De Hullu over de

omslag in (het denken over) de inzet van het strafrecht bij de bestrijding van criminaliteit. J. De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-13 (met vele verdere verwijzingen, nuances en voorbeelden). Verder K. Rozemond, 'Wie zijn wij?', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2005, p. 3-7.

Maar twintig jaar onderzoek, ook internationaal onderzoek,²³ geeft een stevige indicatie dat illegale vreemdelingen een sterke motivatie hebben zich buiten de criminele circuits te houden, en dat strafbaarstelling wellicht zelfs zou aanzetten tot criminaliteit. Welk probleem moest nu eigenlijk worden opgelost? Na de voor de regeringspartijen teleurstellend verlopen gemeenteraadsverkiezingen van 2014 werd het voorstel uitgeruild tegen een verlaging van de arbeidskorting voor inkomens boven de € 40 000 – geen staaltje van principiële politiek – en daarom zullen we het antwoord op die vraag voorlopig niet weten.

Een tweede voorbeeld van *fact free politics* betreft de gang van zaken rond de verlenging van de Rotterdamwet die nu net aanhangig is in de Eerste Kamer. Deze wet die eigenlijk Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek²⁴ heet maar in feite alleen in Rotterdam van toepassing is, was bij invoering in 2006 omstreden vanwege de rechtsstatelijke vraag of het te rechtvaardigen is om aan een groep van de bevolking woonvergunningen te kunnen weigeren omdat zij kansarm zijn en het percentage kansarme bewoners van bepaalde Rotterdamse wijken boven een bepaald percentage zouden brengen, hetgeen dan gecorreleerd wordt met de probleemaccumulatie die zich in deze wijken voordoet. Dit is een wet die in strijd is met het algemeenheidsvereiste (alleen bedoeld voor een paar wijken in Rotterdam) en die het gevaar in zich draagt van stigmatisering en discriminatie. Omdat deze risico's werden afgewogen tegen het perspectief dat met een andere bevolkingssamenstelling de problemen in de wijk zouden kunnen worden aangepakt, kreeg de wet het voor-

vermelde expertbijeenkomst stelde Hirsch Ballin echter heel principieel dat democratie en rechtsstaat elkaar versterken, dat een eerbiediging van de grondrechten een versterking en niet een verzwakking van democratisch bestuur inhoudt. De aloude spanningsrelatie tussen democratische macht en rechtsstatelijk bestuur kan dus worden opgelost.

Om de betekenis van de stelling van Hirsch Ballin beter te kunnen duiden, moeten we vaststellen dat er ook een ambitieuzer idee over de rechtsstaat in omloop is. Deze meer ambitieuze visie op de rechtsstaat begint met de ontdekking dat het om een historische verworvenheid gaat. Vanaf de achttiende eeuw wordt een bouwwerk opgetrokken in verschillende lagen. Eerst de liberale rechtsstaat, daarop de democratische rechtsstaat, gevolgd door de sociale rechtsstaat. En dit huis van de rechtsstaat, zoals Bovens het noemt, is principieel onvoltooid.²⁶ Het lijkt op zo'n Amsterdams grachtenpand dat uit etages van verschillende ouderdom is opgetrokken en waar voortdurend aan wordt verbouwd om aan de behoeften van de bewoners te voldoen. Burgers die het huis van de rechtsstaat bewonen verwachten meer dan fatsoenlijke behandeling; zij zijn ook actieve deelnemers aan de democratische rechtsstaat. Ook de overheidsdienaren die zich in het huis van de rechtsstaat ophouden zijn in deze opvatting actieve dragers van de idealen van rechtsstatelijkheid. Er is veel onderzoek dat erop wijst dat een vitale democratische rechtsstaat verantwoordelijke ambtenaren nodig heeft maar meer nog berust op een brede middenklasse van mensen die niet heel rijk zijn of heel arm; zelfbewuste mensen die in staat zijn voor hun vrijheid en die van het collectief op te komen, noem het mensen die een vorm van actief burgerschap beoefenen. Onder meer Pierre Rosanvallon laat zien dat de groter wordende verschillen tussen arm en rijk en de erosie van de middenklasse een bedreiging inhouden voor de waarden van de democratie en de rechtsstaat.²⁷ In die zin is dit ruime idee van de democratische rechtsstaat evenzeer een opvatting over wat nodig is die gezond te houden.

In deze ruime visie op de rechtsstaat is het wezenlijk dat de drie bouwlagen ervan – de liberale, de democratische en de sociale – altijd tegelijkertijd aan de orde zijn en dat we beseffen dat deze dimensies elkaar soms versterken en soms onder hoge druk zetten. Wetgeving is als politieke wilsuiting bijvoorbeeld terughoudend en kaderscheppend in overeenstemming met de liberale dimensie, activistisch en instrumenteel in de sociale optiek die altijd weer in bureaucratie dreigt uit te monden. Vanuit de democratische bouwlaag is daarbij altijd de vraag actueel in hoeverre de politieke organen de maatschappelijke belangen tot een Algemeen Belang weten te integreren (of daarin tekortschieten). Tjeenk Willink bracht deze kwestie terecht aan toen hij tijdens de deskundigenbijeenkomst in de Eerste Kamer zei dat 'een vruchtbare discussie over de problemen in de rechtsstaat niet mogelijk is, zonder het functioneren van de democratie daarin te betrekken'.²⁸ Hij stelde dat we moeten spreken over de politieke cultuur die de problemen waarmee we worden geconfronteerd mogelijk maakt. En het gaat daarbij overigens niet alleen om het feit dat we in Nederland heel goed meningen kunnen ventileren (ook in de samenleving), en dat we dat moeten blijven kunnen doen. Het gaat er ook om dat op institutioneel niveau de *checks and balances* goed georganiseerd zijn. En Brenninkmeijer sprak bij dezelfde bijeenkomst op dat punt waarschuwend

Deze meer ambitieuze visie op de rechtsstaat begint met de ontdekking dat het om een historische verworvenheid gaat

deel van de twijfel op voorwaarde van een evaluatie na vijf jaar. Die evaluatie is er nu en is onmiskenbaar een oppervlakkig, eenzijdig en volstrekt niet objectief verhaal geworden. Op basis van deze beperkte en gekleurde uitsnede uit de feiten, vertekend door het belang van de onderzoekende gemeente, stelt de regering een verlenging van de wet voor van maar liefst vier perioden van telkens vier jaar, dus vrijwel onbeperkt. Het zal interessant zijn te zien hoe de Eerste Kamer gaat reageren op dit voorstel van de wet dat niet door een gedegen analyse van de probleemsituatie wordt onderbouwd.²⁵

3. De ambitieuze dimensie van de rechtsstaat
Diegenen die menen dat er in dit tijdsgewricht onvermijdelijk moeilijke maatregelen moeten worden genomen, en dat het nu eenmaal democratisch is dat de meerderheid beslist, brengen de kwestie op een misleidende wijze aan. Vrijwel niemand zal willen ontkennen dat in een democratie meerderheidsbesluitvorming betekenisvol is. Tijdens de

Onze ‘commerciële’ democratie lijkt nog maar weinig te melden te hebben over wat mensen bij elkaar kan brengen. Over wat hen weet te scheiden des te meer

van een systeemfalen: de politieke partijen slagen er niet goed in het volk te vertegenwoordigen en het ‘Algemeen Belang’ te interpreteren en dragen door hun populistische opstelling bij tot verzwakking van de rechtsstaat. ‘Een zwakke democratie verdraagt geen sterke rechtsstaat’, zei hij; er moet evenwicht bestaan tussen de twee. Benninkmeijer voegde er aan toe dat het systeemfalen eruit blijkt ‘dat ons democratisch rechtsstatelijk systeem teveel eenheid gaat vertonen en te weinig ruimte laat voor een tegenstem.’ De andere sprekers meenden ook allemaal, in wisselende bewoordingen, dat beter georganiseerde *checks and balances*, dus meer controle op politieke, bestuurlijke en ambtelijke macht een oplossingsrichting zou zijn.

4. Vier aandachtsgebieden

Over ieder van die kwesties – populisme, Algemeen Belang, *checks and balances*, bureaucratie – valt meer te zeggen. We werken die hier wat verder uit, als vier gebieden waarop de democratische rechtsstaat aandacht vraagt, en die allen naar elkaar verwijzen en op elkaar betrekking hebben. Ieder voor zich kenmerken die aandachtsgebieden dan weer min of meer specifieke spanningen in ons maatschappelijk bestel, die vervolgens weer spanningen in de rechtsstatelijke configuratie (ondergrens) daarvan bewerkstelligen.

a. Populisme en Algemeen Belang

In zijn prachtige en veelbesproken *Vuur en As*,²⁹ maakt de Canadese hoogleraar en ex-politicus Michael Ignatieff een (althans door recensenten) weinig opgemerkte analyse over de relatie tussen democratische rechtsstatelijkheid en politiek handelen. Democratie, zo schrijft Ignatieff, is afhankelijk van overtuigingskracht, ‘van het idee dat je vandaag misschien in staat zult zijn een tegenstander te overtuigen en morgen een bondgenoot van hem te maken’.³⁰ Een dergelijke opvatting over democratie voor-

onderstelt een vorm van wederzijds respect tussen politici. ‘Als er iets is wat de democratie in de achting van de burger doet dalen, is het wel het beeld van twee politici die elkaar scheldwoorden naar het hoofd slingeren (...)’.³¹

Het politieke taalgebruik, hier en in het buitenland (denk aan de berichten die ons uit de Verenigde Staten bereiken), lijkt er echter steeds vaker van uit te gaan dat democratie niet een systeem is dat een omgang poogt te vinden met mensen waarmee je politiek van mening verschilt (noem die, met Ignatieff, ‘tegenstanders’); veeleer gaat het om het argumenteren met vijanden, en die moeten zoals bekend worden verslagen of vernietigd. Het sluiten van bijvoorbeeld compromissen – heel typisch voor beschaafd politiek handelen volgens ons – is dan een vorm van verraad! In een gelijkaardige stemming wees ook Hirsch Ballin er in zijn recente Rechtsstaatlezing op dat het versnelde en verhevigde proces van politieke meningsvorming een directheid heeft gekregen waarin voor reflectieve argumentatie geen ruimte meer is. En daarbij heeft het pure meerderheidsdenken de wind zozeer in de rug gekregen dat het aan de kracht daarvan lijkt overgeleverd.³² In een dergelijke cultuur is de vraag naar wat goed is voor de samenleving als geheel – datgene wat we definiëren als het Algemeen Belang – niet meer zo belangrijk. Zo bekeken lijkt het er op dat de politiek zelf aan het ‘vermarkten’ is, en het marktprincipe – *the winner takes all!* – de bedgenoot van de democratische rechtsstaat is geworden.³³ Helaas verhouden markt en democratie zich niet goed tot elkaar; de democratie en de democratische rechtsstaat, die ook tot taak hebben de vaak zwakkeren in de samenleving te beschermen, is immers veel meer dan een optelsom van neuzen. Onze ‘commerciële’ democratie, inclusief het daarbij horende korte termijn denken (snelle winst!), lijkt in ieder geval nog maar weinig te melden te hebben over wat mensen bij elkaar kan brengen.³⁴ Over wat hen weet te scheiden des te meer.

23. Zie het overzicht ter zake door J.P. van der Leun, ‘Zal de strafbaarstelling van illegaliteit effectief zijn? En wil iemand dat eigenlijk weten?’, *Ars Aequi Maandblad* 2013, p. 8-9. Recent tevens A.B. Terlouw, ‘Fundamentele rechten van niet rechtmatig in Nederland verblijvende vreemdelingen: een fata morgana’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2013, p. 9-19 (doordat illegaal verblijf in Nederland strafbaar is gesteld, is het steeds moeilijker om voor sommige vreemdelingen ook feitelijk rechten te doen effectueren). De NOvA, RvdR, Commissie-Meijers en de NVvR waren allen erg kritisch over de voorgenomen wetgeving.

24. *Kamerstukken II*, 33797.

25. Inmiddels werd over de wet in de Eerste Kamer gestemd, en aldaar met de steun van de PVV aangenomen. Een van de auteurs van dit artikel stemde in zijn hoedanigheid van Senator tegen de wet.

26. Hierover M.A.P. Bovens, *De digitale rechtsstaat. Beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Alphen a/d Rijn: Samsom, 1999.

27. Zie vooral zijn *La société des égaux*, Paris: Seuil 2011.

28. Zie hierover verder zijn Tromp-lezing, gepubliceerd in *De Groene Amsterdammer*, 1 november 2013. De relatie tussen democratische rechtsstaat en politieke cultuur loopt als rode draad door het werk van

Tjeenk Willink. Zie hiervoor de bij gelegenheid van zijn afscheid van de Raad van State gepubliceerde verzamelbundel: *Niet de beperking, maar de ruimte. Beschouwingen over democratie en rechtsstaat*, Den Haag: Boom 2012.

29. Amsterdam, Cossee, 2013 (vertaald uit het Engels: *Fire and Ashes. Success and Failure in Politics*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 2013).

30. *Ibid.*, p. 190.

31. *Ibid.*, p. 191 (Ignatieff voegt er aan toe: ‘(...) in een overigens lege zaal.’).

32. *De Grondwet in politiek en samenleving*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2013, p. 17.

33. Vgl. F. Zakaria, *De toekomst van de vrijheid. De paradoxen en schaduwzijden van democratie*, Amsterdam: Contact 2004, p. 207.

34. Het feit dat de publieke zaak zelf door massale privatisering wordt uitgekleeft helpt overigens ook niet mee aan een herwaardering van het publieke domein en het daarbij horende algemeen belang. De voorbeelden liggen voor de hand: zorg, onderzoek, cultuur, spoorwegen, publieke omroep. Zie verder Tjeenk Willink in zijn reeds aangehaalde Tromp-lezing. Zie hierboven voetnoot 28.

Ignatieff parafraseert Clausewitz:³⁵ politiek is niet de voortzetting van oorlog, maar er juist een alternatief voor. Politiek heeft bij uitstek als bedoeling geweld tussen burgers te vermijden. En daar ligt een analogie met de bedoeling van een constitutie en de democratische rechtsstaat: ook daarvan is het immers mede de bedoeling dat die civilisering van het conflict mogelijk maken, spanningen en meningsverschillen juist wil faciliteren. We vinden politiek, in samenhang met constitutionalisme en rechtsstaat, immers ook belangrijk, omdat het doel ervan juist is ons te behoeden voor een situatie waarin samenleven welhaast onmogelijk wordt. Een en ander doet onder meer de vraag rijzen of de verruiming van het politieke taalgebruik en handelen die we de recente jaren kunnen ontwaren, niet in zekere zin onconstitutionele kenmerken heeft.

Terug naar de rechtsstaat, waar we drie dimensies – een minimale, een empirische en een ambitieuze – van hebben onderscheiden. Die dimensies, zo stelden we, moeten elkaar in evenwicht houden. In een hedendaagse democratische rechtsstaat zou de vraag naar wat een rechtvaardige samenleving is daarom voortdurend onderwerp van discussie moeten zijn, juist omdat we meer dan ooit in een samenleving leven waarin pluralisme en verdeeldheid eerder regel dan uitzondering zijn.³⁶ Leken conflicten vroeger onverenigbaar met maatschappelijke samenhang, tegenwoordig moeten tegengestelde visies op het ‘goede leven’ en de ‘rechtvaardige samenleving’ kunnen samengaan. Dat vereist dus een politieke cultuur die zoekt naar compromissen in de nobele zin van het woord. Dat wil volgens ons zeggen dat het politieke handelen zoveel mogelijk zowel respect als wederzijdse herkenbaarheid en beaambaarheid moet proberen te bevorderen. Om dat te realiseren moet er in een eigentijdse democratie minstens ‘ongoing talk’³⁷ zijn: om belangen te behartigen, anderen te overtuigen, samen agendapunten te bepalen,

De idee van ‘de’ wil van het volk, indien op ongekwalificeerde wijze gehanteerd als louter de meerderheidsopinie, is achterhaald

wederkerigheid af te tasten, zich uit te drukken en te relateren, gemeenschap te vormen, zelfkritiek uit te oefenen, bestaande evidenties en paradigma’s opnieuw te bekijken, om een discours te bewerkstelligen waarin ieders normen en waarden op tafel komen, verdedigd kunnen worden maar ook ondermijnd, enz., en dit alles steeds op basis van een ethiek van wederzijds respect. Alleen daaruit kunnen ‘nobeles compromissen’ voortvloeien. Dat wil niet zeggen dat een democratie louter een praathuis dient te zijn, beslist niet. Maar waar het hier vooral om te doen is, is dat het in een democratische rechtsstaat om meer gaat dan alleen maar de formele kenmerken daarvan.

Dit alles betekent ook dat de idee van ‘de’ wil van het volk, indien op ongekwalificeerde wijze gehanteerd als louter de meerderheidsopinie, achterhaald is. Een ware democratische orde is in de eerste plaats een soort van openheid waarin recht en politieke macht voortdurend ter discussie gesteld kunnen worden. De politiek dient onder meer de ruimte te creëren die een dergelijke permanente discussie mogelijk maakt. Allicht kan geen enkele instelling of procedure het bestaan en de bestendiging daarvan garanderen. Formele garanties van de rechtsstaat zijn weliswaar *conditiones sine qua non* voor het democratisch functioneren van een samenleving; de middelen om een vertrouwensrelatie tussen overheid en burgers, tussen machthebbers en justitiabelen, te bewerkstelligen en bestendigen. Maar ze kunnen niet als autonome of statische leidraad worden gebruikt om het democratisch handelen te legitimeren. Het ongekwalificeerde gebruik van bijvoorbeeld de meerderheidsregel kan, wanneer deze hogere waarde wordt vergeten, onttaarden in een dictatuur van de meerderheid, met bijvoorbeeld als gevolg dat belangrijke minderheidsgroepen worden genegeerd. In dat licht dienen de formele aspecten van de democratische rechtsstaat begrepen te worden.³⁸ Juist om sociale vrede te bewaren zijn nobele compromissen tussen meerderheid en minderheid dan ook essentieel. Sterker nog, juist deze nobele compromissen kunnen maken dat ook het recht aanvaard wordt. En daartoe zijn een luisterend oor, debat en het afleggen van verantwoording – wezenlijke kenmerken van een democratische houding dus – noodzakelijk. Salet drukte dit als volgt uit: ‘Morele condities (...) zijn fragiele gegevenheden – zeker in een context die vatbaar is voor doodgewoon machtsmisbruik – maar zij smeden de band die mogelijk maakt, dat democratische besluiten vanwege de overtuigingskracht van het bestel als zodanig, ook navolging kunnen vinden bij burgers die van de besluiten *in casu* nadeel ondervinden. De geldingskracht van een democratisch bestel is niet primair afhankelijk van de mogelijkheid om met behulp van sancties bepaald gedrag af te dwingen (ook al dient over de mogelijke toepassing van sancties een zekere berekenbaarheid te bestaan), alswel van de morele verbondenheid van burgers en gezagsdragers.’³⁹

Om misverstanden te vermijden: we bepleiten dus niet dat, bijvoorbeeld, het justitiebeleid zich niets moet aantrekken van invoelbare vragen die uit de maatschappij voortkomen, zoals de vragen rond Volkert van der G. en Benno L. Responsiviteit blijft belangrijk, ook en vooral voor bewindslieden. Wel bepleiten we de noodzaak van verantwoordelijke politici en beleidsmakers die uitleggen welke belangen er op het spel staan, en die alle aspecten daarvan uitdrukkelijk en publiek meewegen. En die dan met beleidsbeslissingen komen die getuigen van een evenwichtige beoordeling van al die aspecten die een bepaalde kwestie aanbelangen: dus inclusief rechtsstatelijke belangen en realiteitsgehalte van maatregelen. Geen enkele beleidsmaker kan het zich permitteren om de publieke mening te negeren. Wel zal een gewetensvolle beleidsmaker de geloofwaardigheid van die mening moeten onderzoeken en toetsen, die mening dus heel ernstig moeten nemen, ook en vooral op het rechtsstatelijke gehalte. Hij zal, aan de hand van argumentaties van belangengroepen, oordelen van collega’s, deskundigen, de pers enz., moeten proberen te bepalen op

welke gronden een publiek oordeel berust. Maar een beleidsmaker die vervolgens desondanks weigert gevolg te geven aan een vermeende publieke consensus, maakt zich niet noodzakelijk schuldig aan elitisme.⁴⁰ Dat brengt ons bij het volgende aandachtsveld.

b. Checks and balances

In zijn recente meesterlijke geschiedenis van de democratie signaleert John Keane het ontstaan van een nieuw type democratie dat de representatieve democratie aanvult en corrigeert door een toename van instituties die als waakhonden of monitoren het functioneren van de officiële staatsinstellingen kritisch begeleiden. Keane laat zien dat er een enorme variëteit is aan vormen van wat hij 'monitory democracy' noemt, de waakhondendemocratie. Tussen de onderdelen van zijn immense opsomming lijkt op het eerste gezicht geen enkel verband te bestaan. Keane heeft het onder veel meer over: burgerjuries, teach-ins, burgerbetrokkenheid bij gemeentelijke begrotingen, denktanks, consensusconferenties, focusgroepen, adviesorganen, mensenrechtenorganisaties, consumentenbonden, ombudspersonen, actieve rechters, democratie cafés, deliberatieve opiniepeilingen, sociale forums, raden van experts, herdenkingsbijeenkomsten. Deze tellen mee als vormen van waakhondendemocratie omdat ze er mede op gericht zijn het publiek te informeren en van betere informatie te voorzien over de vele standpunten die in publieke discussies kunnen worden ingenomen. Volgens Keane moet het oude maxime van de vertegenwoordigende democratie dat één persoon, één stem en één vertegenwoordiging met elkaar verbindt plaats maken voor de nieuwe norm van de waakhondendemocratie: 'One person, many interests, many voices, multiple votes, multiple representatives'.⁴¹ Openbaarheid en rekenplichtigheid van bestuur, verantwoording, integriteit, evenwicht van machten, zijn daarbij de nieuwe sleutelbegrippen. Deze ondersteunen het door controlerende en rechtsprekende instanties gewaarborgde ideaal van de democratische rechtsstaat. Daarin wordt de burger dan rechtszekerheid en bescherming tegen een overmatige uitoefening van overheidsmacht geboden. En misschien zelfs voor burgers een laatste instantie om zich toe te wenden.

Een gelijkaardig betoog treffen we aan bij de recente winnaar van de zogenoemde Spinozalens, Pierre Rosanvallon. Ook hij stelt dat onder druk van grote maatschappelijke verdeeldheid en complexiteit, de democratie een nieuwe gedaante krijgt. In zijn *La contre-démocratie*⁴² – de tegendemocratie –, laat hij zien dat de democratische orde zich steeds meer organiseert als een vorm van wat hij georganiseerd wantrouwen noemt; een geheel van bewegingen, denkbeelden en stromingen dat de officiële struc-

turen onder druk zet, en die beter laat functioneren. Het gaat dan om een systeem van *checks and balances* en machtsevenwicht, dat een veel breder domein bestrijkt dan de drie klassieke machten. De trias wordt tot een *multiple politica*, en de actieve burger en *civil society* spelen daarin een belangrijke rol!

Zo gezien is er dus geen reden tot pessimisme over onze democratie: aan het 'verlangen naar inspraak'⁴³ wordt tegemoet gekomen, en de burger wordt wel degelijk vertegenwoordigd. Al is het dan niet via verkiezingen. Dit doet wel de vraag rijzen wat dan nog de betekenis kan zijn van de institutionele dimensie van de democratische rechtsstaat, zoals een verkozen parlement. In onderdeel d. hieronder, komen we op die kwestie terug. Eerst moeten we constateren dat veel burgers die onoverzichtelijke en beweeglijke waakhondendemocratie niet als een regime ervaren dat met hen rekening houdt.

c. Bureaucratie

Veel burgers voelen zich vervreemd van de politiek die zij ervaren als een spektakel dat hen uitsluit; ze hebben weinig invloed op het bestuur dat hen in hun belangen raakt.⁴⁴ Burgers in ons land hebben vaak het gevoel dat zij niet zozeer aan een democratisch bewind deelnemen als wel aan een bureaucratisch regime zijn onderworpen. Dat geldt ook voor de functionarissen van de overheid zelf. Een reden voor de in de inleiding vermelde casus van de agent die de zwerver bedreigde om tot daden over te gaan, is de bureaucratische afpaling van het verzorgingsgebied voor zwervers en andere ontheemden, waarbij alleen Rotterdamse zwervers in Rotterdam worden geholpen en wie daar niet netjes geregistreerd is maar elders zijn heil moet zoeken. Zo vallen veel mensen zonder vaste woon- of verblijfplaats tussen de grenzen van zorgsystemen. De uitzichtloosheid van deze bureaucratie kan de agent tot zijn daad hebben aanzet.

Zo komen we nog een andere vorm van systeemfalen op het spoor. Buruma sprak in de Eerste Kamer over een strafrechtspraak die door alle werkverdeling steeds meer een systeemactiviteit is geworden – een activiteit waarin eigenlijk niemand meer in staat is eigen verantwoordelijkheid te kunnen nemen en daaraan gevolgen te verbinden. 'In onze rechtsstaat is de beslissing door een rechter met twee ogen en een neus met kennis van de vent en het dossier (zoals we dat nog wel aantreffen bij heel spectaculaire processen) geleidelijk aan vervangen door de beslissing door een systeem van allemaal mensen die hun uiterste best doen maar van wie niemand het gevoel heeft de regie te hebben. Dat is meer dan een organisatorisch probleem, omdat daardoor het aangezicht van de rechtsstaat zelf verandert. Het betekent dat de gedachte dat in

35. Clausewitz zei: 'Oorlog is de voortzetting van politiek met andere middelen.'

36. Hierover (tevens) F. Tanghe, *Het spaghetti-arrest*, Antwerpen: Hadewijch, 1997.

37. De term komt van Benjamin Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, Berkeley: University of California Press 2003 (oorspronkelijke editie uit 1984), p. 262.

38. F. Tanghe, o.c., p. 143.

39. W. Salet, *Om recht en staat. Een sociologische verkenning van sociale, politieke en rechtsbetrekkingen*, Den Haag: Sdu 1994, p. 68.

40. Voor een gelijkaardige redenering bij R. Dworkin, zie zijn *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press 1978, p. 248-253.

41. John Keane, *The Life and Death of Democracy*, London 2009, p. 691. We wezen eerder op de relevantie van deze opvatting in de context van rechtsstatelijke vragen, in M. Adams en W.J. Witteveen, 'Gedaantewisselingen van het recht', *NJB* 2011/457, afl. 9, p. 540-546.

42. Pierre Rosanvallon, *La Contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*,

Paris: Seuil 2006.

43. Zoals David Van Reybrouck het recent onder woorden bracht, in zijn: *Tegen verkiezingen*, Amsterdam: De Bezige Bij 2013.

44. In plaats van de waakhondendemocratie komt dan de *dramademocratie*. M. Elchardus, *De dramademocratie*, Tiel 2002.

een rechtsstaat de wetgever regels maakt die gelijkkelijk gelden voor iedereen maar de rechter in het concrete geval ieder het zijne geeft, geleidelijk aan vergeten raakt.'

Laten we deze constatering wat ruimer trekken dan de strafrechtketen alleen. De managementsystemen die in grote organisaties gehanteerd worden laten vaak bijzonder weinig ruimte aan de professionals om hun werk naar eigen inzicht vorm te geven. Alles moet gestroomlijnd, gestandaardiseerd, geprotocolleerd, inzichtelijk gemaakt; over elke handeling moet verantwoording worden afgelegd; althans: men vergadert zich in ieder geval suf, maar de regie lijkt zoek want het systeem is te complex. De voortdurende noodzaak om te bezuinigen heeft de overheid bovendien tot een opmerkelijke strategie gedreven die een win-win situatie zou kunnen lijken maar het niet is. Professionals krijgen de boodschap dat zij meer en beter moeten presteren, maar wel met minder middelen, in een werkomgeving die permanent wordt gereorganiseerd en met regels die niet stabiel zijn maar frequent worden veranderd. Systeemwijzigingen worden op hoop van zegen ingevoerd, zonder een periode van behoedzaam sociaal experiment en zonder veel zeggenschap van de professionals die het betreft; als het dan tegenvalt, volgt herziening op herziening.

De leden van de rechterlijke macht, die tot de meest wetsgetrouwe burgers van Nederland behoren, zijn het afgelopen jaar eindelijk in verzet gekomen. Vanuit Leeuwarden verscheen een door 700 rechters ondersteund manifest. Onderzoek van de NVvR wijst uit dat de rechters het water aan de lippen staat en velen van hen hun werk niet meer aantrekkelijk vinden. Daar dreigt de rechtsstaat onder een ondergrens te zakken. Net als bij de gefinancierde rechtshulp speelt bij het rechterlijke beroepenveld een dubbelzinnige imperatief: er kan zeker gemoderniseerd worden, maar dat betekent niet dat het op korte termijn veel goedkoper kan. Er zou veel meer geprofiteerd moeten worden van de inzichten van professionals op de werkvloer. Geslaagde modernisering wordt vormgegeven vanuit de praktijken van het recht in plaats er van bovenaf aan te worden opgelegd. In dat verband is het positief dat de Raad voor de rechtspraak de klachten die vanuit Leeuwarden naar boven kwamen (maar al jarenlang leefden), uiteindelijk serieus heeft genomen en een tournee heeft gemaakt langs de rechtbanken. Het interne debat onder rechters is op gang gekomen en daar kunnen we op termijn veel zinvolle uitkomsten uit verwachten. De bewindslieden zullen het geduld moeten opbrengen om daarop te wachten, omdat de trias politica hen niet tot directe deelnemers aan rechterlijk zelfbestuur maakt. Zij hebben wel een andere verantwoordelijkheid. De Raad voor de rechtspraak wil door het zogenaamde KEI project (Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak) vergaande modernisering tot stand brengen met inzet van internettechnologie.⁴⁵ Daarvan wordt een grote besparing verwacht. We weten dat de invoering van veelbelovende ICT bij de overheid in het verleden vaak mis is gegaan, te lang heeft geduurd, teveel heeft gekost en onbevredigend is uitgepakt voor de professionals op de werkvloer. Stof tot nadenken?

d. En wat ten aanzien van de burger?

Deze analyse moet ook gespiegeld worden. Interessant aan het debat in de Eerste Kamer is dat dit zich vooral richt op het handelen van de overheid. Dat is niet zo

vreemd: de Eerste Kamer is er om het overheidshandelen (ruim begrepen) te controleren. Dat komt ook overeen met de eerder verwoorde visie dat rechtsstatelijkheid vooral door de overheid gegarandeerd moet worden. Maar het debat in de Eerste Kamer was ruim opgezet, en enige aandacht voor de rol van de burger zelf in een democratische rechtsstaat was niet misplaatst geweest. We zouden die rol kunnen benoemen met een variatie op een vraag die de Canadese politiek filosoof Charles Taylor ooit stelde: hoeveel gemeenschap kan een democratie verdragen?⁴⁶ De kwestie sluit aan bij wat we hierboven onder b. al constateerden: waar kunnen we in dit geheel de veelal ook constitutioneel erkende instituties van ons politiek-maatschappelijke bestel plaatsen? We verklaren ons nader.

Machiavelli wist al dat een verkeerd begrepen vrijheid inderdaad haar eigen vijand is

Taylor betoogt dat voor een bloeiende maatschappelijke en politieke cultuur er een zekere identificatie van de burger met samenleving en politiek moet bestaan. Niet alleen moeten die burgers rechten opeisen, ze moeten ook plichten vervullen en verantwoordelijkheid dragen. In ieder geval moet die samenleving een waarde vertegenwoordigen, waaronder prominent die van de democratische rechtsstaat, die burgers respecteren en koesteren.⁴⁷ Maar juist in een samenleving waar het algemeen belang langzaam uit beeld verdwijnt, waarin politiek alleen nog maar in de commerciële termen van concurrentie en zelfs vijandschap wordt gezien, legitimeert en stimuleert dat een houding waarin burgers slechts belangstelling hebben voor de res publica voor zover ze daar zelf belang bij hebben.⁴⁸ Hier kan een 'commerciële democratie' inderdaad tekortschieten, want die heeft in de praktijk weinig te melden over wat mensen bij elkaar brengt, maar veel over wat hen uit elkaar houdt. Een actieve visie op democratie en democratische rechtsstaat daarentegen 'envisions politics not as a way of life but as a way of living – as, namely, the way that human beings with variable but malleable natures and with competing but overlapping interests can contrive to live together communally not only to their mutual advantage but also to the advantage of their mutuality'.⁴⁹ Juist in het tekortschieten van de hierboven reeds vermelde democratie-opvatting – de commerciële democratie – ligt een van de belangrijkste bedreigingen voor de waarden van de democratische rechtsstaat zelf besloten. Machiavelli wist al dat een verkeerd begrepen vrijheid (hij had het over politieke luiheid) inderdaad haar eigen vijand is. De samenleving loopt zo begrepen dus schade op indien de positieve voorwaarden voor de invulling van de democratische rechtsstaat worden genegeerd. Als maatschappelijk instituut lijkt de democratische rechtsstaat dus een actief burgerschap te veronderstellen. Het gaat dan om het bewerkstelligen van een politiek-maatschappelijke cultuur die kan bloeien omdat er een

actieve betrokkenheid bestaat van mensen die hun burgerrol opnemen en onder meer vanuit dat perspectief hun 'zeg' hebben in en over de politiek (in positieve en negatieve zin). Het komt overeen met de waakhondendemocratie zoals door de vermelde Keane onder woorden gebracht. Ook vanuit een rechtssociologisch perspectief is geconstateerd dat het debat over de rechtsstaat teveel vanuit de overheid en gericht tot de overheid wordt gevoerd en te weinig ruimte biedt aan een 'bottom up' benadering vanuit de burgers die een rechtsstaat alleen tot een levende rechtsstaat zou kunnen maken.⁵⁰

Maar als dat actief burgerschap zo'n grote invloed wordt geacht te hebben, doet dat wel de vraag rijzen wat dan nog de eigen betekenis van het professioneel politieke handelen is, en van de constitutioneel erkende instituties? Juist de formulering van het Algemeen Belang is niet de focus van de waakhondendemocratie, met haar vele deelbelangen. En aan wie leggen de vele actiegroepen uiteindelijk verantwoording af? Wat is er de legitimiteit van? Dergelijke vragen zijn te groot om hier te beantwoorden, maar ze wijzen er op dat instituties zoals een parlement toch nog een bijzondere of bevoorrechte plaats toekomt. Zo bekeken is het belangrijk te benadrukken dat een welbegrepen *civic culture* geen eenrichtingsverkeer is, maar uit een subtiel evenwicht tussen verschillende componenten moet bestaan,⁵¹ onder erkenning van die bevoorrechte rol. Zo moet er vanwege de burgers sprake zijn van zowel activisme als volgzzaamheid. Burgers moeten hun opvattingen en visies zoals gezegd actief verwoorden en verdedigen, ook en misschien zelfs vooral wanneer ze een politieke beslissing als onrechtvaardig ervaren. Tegelijk moeten burgers de politiek ook niet overvragen, want ook daardoor kan het politieke bedrijf, en dus de democratie, schade oplopen. Een gezonde democratie vereist dus dat het politieke handelen permanent kan worden bevraagd door de *civic culture*. Maar een té sterk ontwikkelde *civic culture* – dat is er een die alles al te persoonlijk neemt – kan ontaarden in een belangengroependemocratie. Geïstitutionaliseerde politiek en stevige instituties blijven daarom van groot belang in een hedendaagse democratie, omdat die worden geacht het 'algemeen belang', waarvan de democratische rechtsstaat een van de meest wezenlijke onderdelen is, te behartigen. Dat vraagt om speelruimte voor die overheid, nodig voor reflectie, onderhandelingen en compromissen. Een *civic culture* betekent dus dat er vanwege diezelfde burgers een evenwichtige verhouding bestaat tussen hun politieke eisen, verlangens en verwachtingen enerzijds, en de steun en het vertrouwen dat ze gelijktijdig aan het politieke bedrijf moeten geven anderzijds. Anders gezegd: burgers moeten bereid zijn het gezag van de gezagsdragers te aan-

vaarden, ook wanneer er beslissingen worden genomen waar ze in principe niet achter staan.

Dit alles sluit ook aan bij wat we in paragraaf a. hierboven al schreven, namelijk dat responsiviteit vanwege de overheid impliceert dat de publieke mening ernstig wordt genomen, maar niet dat diezelfde overheid zich vanzelfsprekend associeert met opportunistische overname van standpunten die in de samenleving leven, of met het capituleren als gevolg van maatschappelijke druk. Dat betekent dat de burger ook moet aanvaarden dat er beslissingen worden genomen die tegen zijn directe belangen ingaan. Juist daarom moet hij in zijn politieke betrokkenheid een evenwicht vinden tussen een aantal schijnbaar tegenstrijdige houdingen: betrokkenheid én afstandelijkheid, activisme én berusting, protest én aanvaarding. En het betekent ook dat er tussen burger en overheid een vertrouwensrelatie moet bestaan.

5. Tot besluit

Met dat laatste komen we weer bij het uitgangspunt van dit artikel, namelijk dat er een veelzijdig beeld van de rechtsstaat bestaat: ondergrens van een fatsoenlijke overheid, ambitieus ideaalbeeld van een vrije samenleving van burgers. Deze twee dimensies zijn, zo bleek, onderling van elkaar afhankelijk, en zijn dan ook relevant voor ieder debat over de staat van de rechtsstaat. De empirische (derde) dimensie van de democratische rechtsstaat moet daarbij uitdrukkelijk worden betrokken. Het is mooi dat zo'n debat onlangs plaatsvond in de vergaderzaal van de Eerste Kamer, en het valt te hopen dat de bewindslieden er iets van hebben meegenomen naar hun bestuurlijke werk. Maar het is nog mooier als het een breder debat wordt waar burgers zelf aan deelnemen, het althans geen eenrichtingsverkeer is. De vernieuwingen in de rechtsstaatgedachte zijn historisch gezien altijd samengegaan met een impuls vanuit de burgerlijke maatschappij. Het waren burgers die de waarborgstaat afdwongen, er is heel veel maatschappelijke strijd gevoerd voor de democratisering van de rechtsstaat en voor de erkenning van sociale rechten. In de 21e eeuw moeten we werken aan een vormgeving van de nieuwste bouwlaag van het huis van de rechtsstaat. Bovens noemde dit al de digitale laag, omdat de revolutie in de communicatiemiddelen de samenleving over de hele linie verandert en ook de relatie van overheid en burger niet onberoerd laat. Het debat zal zeker gaan over zowel de transparantie en openbaarheid van de staat (democratisch bestuur) als over de mogelijkheden, hoe gering ook, om iets van de privacy van burgers overeind te houden.⁵² Aldus zal dan opnieuw inhoud gegeven moeten worden aan grondrechten die al uit de liberale bouwlaag stammen. ●

45. Voor meer details: www.internetconsultatie/kei.

46. De oorspronkelijke vraag luidde: 'Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie?', *Transit: Europäische Revue* 1992-93, p. 5-20.

47. *Ibid.*, p. 9.

48. Vergelijk B.J. De Clercq, 'Politieke moralisten en morele politici', in B.J. De Clercq

e.a. (red.), *De burger en zijn staat*, Leuven: Davidsfonds 1998, p.77.

49. B. Barber, *Strong Democracy*, o.c., p. 118.

50. M. Hertogh, *De levende rechtsstaat*, Utrecht: Lemma 2002.

51. Hierover ook B.J. De Clercq, 'Politieke cultuur. Een peiling naar de achtergronden', *Kultuurleven* 1997/5, p.72-79 en L. Huyse,

'Politieke cultuur: van oud naar nieuw en terug?', in B. Raymaekers en A. Van de Putte (red.), *Denken voor morgen. Lessen voor de eenentwintigste eeuw*, Leuven: Universitaire Pers/Davidsfonds 1998, p. 220-222.

52. Of zoals de Amerikaanse hoogleraar J. Rubinfeld het onlangs zei: 'We need a new jurisprudence of anonymity.' Zie hierover

een artikel van zijn hand in de *Washington Post* van 13 januari, te vinden via (wat had u gedacht) internet: http://www.washingtonpost.com/opinions/we-need-a-new-jurisprudence-of-anonymity/2014/01/12/ba111fc8-7bd7-11e3-95c6-0a7aa80874bc_story.html.